

Adisson Leal
Atalá Correia
Carla Patrícia Frade Nogueira Lopes
Daniel Bittencourt Guariento
Daniel Carnacchioni
Fabrício Castagna Lunardi
Fátima Nancy Andrichi
James Eduardo Oliveira
J. Oliveira Ascensão
Marília de Ávila e Silva Sampaio
Marlon Tomazette
Otávio Luiz Rodrigues Junior
Paulo R. Roque A. Khouri
Vera Andrichi
Wagner Mota Alves de Souza
Wilson Alves de Souza
Autores



RESPONSABILIDADE CIVIL E INADIMPLEMENTO NO DIREITO BRASILEIRO

FÁTIMA NANCY ANDRIGHI
Coordenadora

ASPECTOS POLÊMICOS

SÃO PAULO
EDITORA ATLAS S.A. – 2014

A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS REDES SOCIAIS VIRTUAIS PELO CONTEÚDO DAS INFORMAÇÕES VEICULADAS

FÁTIMA NANCY ANDRIGHI

Ministra do Superior Tribunal de Justiça. Atuou como Juíza de Direito no Tribunal de Justiça no Estado do Rio Grande do Sul (1976/1980), Juíza de Direito no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (1980/1992), Desembargadora do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (1992 a 7/12/1999). Possui diversas obras publicadas.

DANIEL BITTENCOURT GUARIENTO

Pós-graduado em Administração de Empresas pela Fundação Getúlio Vargas e em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários e pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário, entidade complementar à Universidade de São Paulo. Advogou em São Paulo por quase dez anos e atualmente é assessor de Ministro no Superior Tribunal de Justiça.

A difusão da comunicação digital transformou o mundo. Redimensionou o fenômeno da globalização, lançando nova dinâmica sobre as relações negociais, que passaram a ocorrer em volume, formato e tempo jamais imaginados.

Essas substanciais modificações inauguraram uma infinidade de novas relações jurídicas, de difícil enquadramento na legislação vigente.

Por mais que existam as sempre bem-vindas iniciativas de adequar e preencher o ordenamento com normas que confirmem tratamento legal específico às relações virtuais, não se pode ignorar que uma das características mais marcantes do mundo digital é sua extrema volatilidade, fazendo com que surjam constantemente novas e até então impensadas formas de se relacionar.

No âmbito dos bens de consumo, por exemplo, a era digital fez rapidamente surgirem lojas virtuais. Pouco tempo depois, vieram os *sites* que se limitavam a divulgar os produtos, intermediando a venda e compra segura entre pessoas. Não há muito tempo, começaram a aparecer os chamados *sites* de venda coletiva, que se destinam a reunir pessoas interessadas num mesmo produto ou serviço, conferindo-lhes um desconto para compra conjunta.

O exemplo acima evidencia a dificuldade do legislador em acompanhar as contínuas inovações encampadas pelos meios de comunicação eletrônica.

Essas lacunas existentes na legislação desafiam o Poder Judiciário a tutelar de forma justa e eficiente as relações jurídicas daí advindas.

Exige-se que o juiz interprete o ordenamento com os olhos voltados para a realidade que o cerca, sabedor de que a sociedade encontra-se em constante mutação e que as leis nada mais são do que o reflexo dos anseios dessa sociedade.

A era digital de fato propiciou o surgimento de inúmeras relações jurídicas, muitas delas atípicas, mas essa circunstância não pode servir de obstáculo à prestação jurisdicional.

Cabe ao juiz, então, captar a essência de cada dispositivo legal vigente, extraindo regras e princípios que se apliquem analogicamente ao mundo digital, sempre ciente de que, apesar de virtual, a relação jurídica estabelecida se materializa nas partes envolvidas, que podem e devem responder por seus atos, bem como que as peculiaridades inerentes às relações digitais não afastam as bases formadoras de um negócio jurídico clássico, tampouco os requisitos caracterizadores do dever de indenizar.

1 A rede mundial de computadores e seus provedores. As redes sociais online

A maior responsável por essa integração virtual é a *world wide web* (www), uma rede mundial composta pelo somatório de todos os servidores a ela conectados. Esses servidores são bancos de dados que concentram toda a informação disponível na Internet, divulgadas por intermédio das incontáveis páginas de acesso (*webpages*).

Nesse contexto, merecem destaque os provedores de serviços de Internet; aqueles que fornecem serviços ligados ao funcionamento dessa rede mundial de computadores, ou por meio dela. Trata-se de gênero do qual são espécies as demais categorias, como: (i) provedores de *backbone* (espinha dorsal), que detêm estrutura de rede capaz de processar grandes volumes de informação. São os responsáveis pela conectividade da Internet, oferecendo sua infraestrutura a terceiros, que repassam aos usuários finais acesso à rede; (ii) provedores de acesso, que adquirem a infraestrutura dos provedores *backbone* e revendem aos usuários finais, possibilitando a estes conexão com a Internet; (iii) provedores de hospedagem, que armazenam dados de terceiros, conferindo-lhes acesso remoto; (iv) provedores de informação, que produzem as informações divulgadas na Internet; e (v) provedores de conteúdo, que disponibilizam na rede as informações criadas ou desenvolvidas pelos provedores de informação.

É frequente que provedores ofereçam mais de uma modalidade de serviço de Internet; daí a confusão entre essas diversas modalidades. Entretanto, a diferença conceitual subsiste e é indispensável à correta imputação da responsabilidade inerente a cada serviço prestado.

Uma das vertentes da era digital é a integração cultural e social, criando formas variadas de relacionamento virtual que se difundem cada vez mais, sobretudo diante da conscientização quanto à indispensabilidade de se desenvolver e manter contatos (*networking*).

Essa demanda por meios de inclusão social criou um novo nicho de mercado, dando azo ao surgimento das chamadas redes sociais *online*, serviço prestado por provedores de serviços de Internet com o escopo de intermediar a reunião de pessoas.

As redes sociais virtuais atuam como provedoras de conteúdo, pois o *site* disponibiliza informações, opiniões e comentários de seus usuários. Esses usuários criam páginas pessoais (perfis), por meio das quais se relacionam com outros usuários e integram grupos (comunidades), igualmente criados por usuários, nos quais se realizam debates, viabilizando o compartilhamento de conhecimentos, interesses e esforços voltados a objetivos comuns.

Entretanto, à medida em que as redes sociais *online* se propagam, crescem as dúvidas quanto aos limites de sua utilização, notadamente no que se refere ao conteúdo dos perfis criados e das informações postadas e até onde vai a responsabilidade do provedor pelo controle e fiscalização desses dados.

2 A sujeição dos serviços de Internet ao CDC

Parece inegável que a exploração comercial da Internet sujeita as relações jurídicas de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90. Newton De Lucca aponta o surgimento de

“uma nova espécie de consumidor [...] – a do consumidor internauta – e, com ela, a necessidade de proteção normativa, já tão evidente no plano da economia tradicional”.¹

Com efeito, as peculiaridades inerentes a essa relação virtual não afastam as bases caracterizadoras de um negócio jurídico clássico: (i) legítima manifestação de vontade das partes; (ii) objeto lícito, possível e determinado ou determinável; (iii) e forma prescrita ou não defesa em lei.

Fernando Antônio de Vasconcelos observa que “o serviço preconizado na Lei 8.078/90 é o mesmo prestado pelas várias empresas que operam no setor [rede virtual]. Fica, pois, difícil dissociar o prestador [provedor] de serviços da Internet do fornecedor de serviços definido no Código de Defesa do Consumidor”.²

Vale notar, por oportuno, que o fato de o serviço prestado pelo provedor ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo “mediante remuneração”, contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor.

Na lição de Cláudia Lima Marques, “a expressão ‘remuneração’ permite incluir todos aqueles contratos em que for possível identificar, no sinalagma escondido (contraprestação escondida), uma remuneração indireta do serviço”.³

No caso das redes sociais *online*, é clara a existência do chamado *cross marketing* – ação promocional entre produtos ou serviços em que um deles, embora não rentável em si, proporciona ganhos decorrentes da venda de outro. Apesar de gratuitas, as redes sociais virtuais exigem que o usuário realize um cadastro e concorde com as condições de prestação do serviço, gerando um banco de dados com infinitas aplicações comerciais.

Retomando os ensinamentos de Cláudia Lima Marques, a autora anota que “estas atividades dos fornecedores visam lucro, são parte de seu *marketing* e de seu preço total, pois são remunerados na manutenção do negócio principal”, concluindo que “no mercado de consumo, em quase todos os casos, há remuneração do fornecedor, direta ou indireta, como um exemplo do ‘enriquecimento’ dos fornecedores pelos serviços ditos ‘gratuitos’ pode comprovar”.⁴

Outro não tem sido o entendimento de nossos Tribunais. Em processo envolvendo conhecida rede social, de alcance mundial, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul reconheceu a incidência do Código do Consumidor ao serviço prestado pelo provedor, frisando que “não há se confundir gratuidade com não-remuneração, pois, enquanto a gratuidade diz respeito à ausência de contraprestação direta, de onerosidade

¹ LUCCA, Newton De. *Direito e Internet: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. v. II, p. 27.

² VASCONCELOS, Fernando Antônio de. *Internet: responsabilidade do provedor pelos danos praticados*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 116.

³ MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao código de defesa do consumidor: arts. 1º ao 74*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 94.

⁴ MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 95.

para o consumidor do serviço, compreende-se o termo não-remuneração como a falta de qualquer rendimento ou ganho, inclusive de forma indireta”.^{5,6}

Há, portanto, inegável relação de consumo nos serviços de Internet, ainda que prestados gratuitamente.

3 Os limites da responsabilidade das redes sociais virtuais

Não obstante a indiscutível existência de relação de consumo no serviço prestado pelas redes sociais *online*, a sua responsabilidade deve ficar restrita à natureza da atividade por elas desenvolvida, que, como visto, corresponde à típica provedoria de conteúdo, disponibilizando na Internet as informações encaminhadas por seus usuários.

Nesse aspecto, o serviço deve garantir o sigilo, a segurança e a inviolabilidade dos dados cadastrais de seus usuários, bem como o funcionamento e a manutenção das páginas na Internet que contenham as contas individuais e as comunidades desses usuários. Trata-se da responsabilidade pelo fato do produto, de natureza objetiva, imputada aos fornecedor de serviço pelo art. 14 do CDC e que alcança todos os elementos inerentes ao serviço prestado.

Entretanto, no que tange especificamente à fiscalização do conteúdo das informações postadas por usuário, por não se tratar de atividade intrínseca ao serviço, não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o *site* que não examina nem filtra o material nele inserido.

Conforme anota Rui Stocco, quando o provedor de Internet age “como mero fornecedor de meios físicos, que serve apenas de intermediário, repassando mensagens e imagens transmitidas por outras pessoas e, portanto, não as produziu nem sobre elas exerceu fiscalização ou juízo de valor, não pode ser responsabilizado por eventuais excessos e ofensas à moral, à intimidade e à honra de outros”.⁷

Tampouco se pode falar em risco da atividade como meio transversal para a responsabilização do provedor por danos decorrentes do conteúdo de mensagens inseridas em seu *site* por usuários. Há de se ter cautela na interpretação do art. 927, parágrafo único, do CC/02.

⁵ Apelação Cível nº 70033688789, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, *DJ* de 8/4/2010.

⁶ Apesar de não abordarem especificamente os provedores de Internet, há julgados de outros Tribunais confirmando a incidência da Lei nº 8.078/90 a serviços gratuitos. Confira-se: Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, Apelação Cível nº 238387-48.2005.8.09.0051, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Alan de Sena Conceição, *DJ* de 13/2/2012; Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Apelação Cível nº 6062071-15.2009.8.13.0702, 13ª Câmara Cível, Rel. Des. Nicolau Masselli, *DJ* de 18/7/2011; Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, Apelação Cível nº 048.080.089.658, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Annibal de Rezende Lima, *DJ* de 10/5/2011; Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Recurso Inominado nº 2010.0013639-7, 1ª Turma Recursal, Rel. Leo Henrique Furtado Araújo, *DJ* de 16/12/2010; e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação Cível nº 893217-0/1, 30ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Marcos Ramos, *DJ* de 5/4/2006.

⁷ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 901.

O Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de enfrentar o tema, tendo se manifestado no sentido de que “a natureza da atividade é que irá determinar sua maior propensão à ocorrência de acidentes. O risco que dá margem à responsabilidade objetiva não é aquele habitual, inerente a qualquer atividade. Exige-se a exposição a um risco excepcional, próprio de atividades com elevado potencial ofensivo”.⁸

Roger Silva Aguiar bem observa que o princípio geral firmado no art. 927, parágrafo único, do CC/02 “inicia-se com a conjunção quando, denotando que o legislador acolheu o entendimento de que nem toda atividade humana importa em ‘perigo’ para terceiros com o caráter que lhe foi dado na terceira parte do parágrafo”.⁹

Com base nesse entendimento, o Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal aprovou enunciado que aponta interessante critério para definição dos riscos que dariam margem à responsabilidade objetiva, afirmando que esta fica configurada “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade”.¹⁰

Transpondo a regra para o universo virtual, não se pode considerar o dano moral um risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo. A esse respeito Erica Brandini Barbagalo anota que as atividades desenvolvidas pelos provedores de serviços na Internet não são “de risco por sua própria natureza, não implicam riscos para direitos de terceiros maior que os riscos de qualquer atividade comercial”.¹¹

Por outro lado, o controle editorial prévio, pelo provedor, do conteúdo das informações postadas no *site* pelos usuários equipara-se à quebra do sigilo da correspondência e das comunicações, vedada pelo art. 5º, XII, da CF/88.

Ao comentar a garantia de inviolabilidade das comunicações em geral, Alexandre de Moraes destaca que ela “implicitamente proíbe o conhecimento ilícito de seus conteúdos por parte de terceiros” e ressalva que o preceito alcança as informações contidas em bancos de dados eletrônicos, observando que “essa nova garantia, necessária em virtude da existência de uma nova forma de armazenamento e transmissão de informações, deve coadunar-se com as garantias de intimidade, honra e dignidade humanas, de forma que se impeçam interceptações ou divulgações por meios ilícitos”.¹²

⁸ REsp 1.067.738/GO, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, Rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrichi, DJe de 25/6/2009.

⁹ AGUIAR, Roger Silva. *Responsabilidade civil objetiva: do risco à solidariedade*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 50.

¹⁰ Enunciado nº 38 da I Jornada de Direito Civil, promovida em Brasília pelo Centro de Estudos Judiciários – CEJ do Conselho da Justiça Federal, nos dias 12 e 13 de setembro de 2002.

¹¹ BARBAGALO, Erica Brandini. Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços da internet. In: LEMOS, Ronaldo; WAISBERG, Ivo. *Conflitos sobre nomes de domínio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 361.

¹² MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 53.

Há de se ter em mente, ainda, a existência de um limite de cunho prático: a verificação antecipada do conteúdo de todas as informações inseridas na *web* eliminaria – ou pelo menos alijaria – um dos maiores atrativos da Internet, que é a transmissão de dados em tempo real.

Carlos Affonso Pereira de Souza vê “meios tecnológicos para revisar todas as páginas de um provedor”, mas ressalva que esse procedimento causaria “uma descomunal perda na eficiência do serviço prestado, quando não vier a impossibilitar a própria disponibilização do serviço”.¹³

No mesmo sentido opina Paulo Nader, que considera inviável impor essa conduta aos provedores, “pois tornaria extremamente complexa a organização de meios para a obtenção dos resultados exigidos, além de criar pequenos órgãos de censura”.¹⁴

Em outras palavras, exigir dos provedores de conteúdo o monitoramento das informações que veiculam traria enorme retrocesso ao mundo virtual, a ponto de inviabilizar serviços que hoje estão amplamente difundidos no cotidiano de milhares de pessoas. A medida, portanto, teria impacto social e tecnológico extremamente negativo.

Mas, mesmo que fosse possível vigiar a conduta dos usuários sem descaracterizar o serviço prestado pelo provedor, haveria de se transpor outro problema, de repercussões ainda maiores, consistente na definição dos critérios que autorizariam o veto ou o descarte de determinada informação. Ante a subjetividade que cerca o dano moral, seria impossível delimitar parâmetros de que pudessem se valer os provedores para definir se uma mensagem ou imagem é potencialmente ofensiva. Por outro lado, seria temerário delegar o juízo de discricionariedade sobre o conteúdo dessas informações aos provedores.

Por todos esses motivos, não há como obrigar os provedores a realizarem a prévia fiscalização do conteúdo das informações que circulam em suas redes sociais virtuais.

Todavia, também não é razoável deixar a sociedade desamparada frente à prática, cada vez mais corriqueira, de se utilizar comunidades virtuais como artifício para a consecução de atividades ilegais. Antonio Lindberg Montenegro bem observa que “a liberdade de comunicação que se defende em favor da *internet* não deve servir de passaporte para excluir a ilicitude penal ou civil que se pratique nas mensagens por ela transmitidas”.¹⁵

Trata-se de questão global, de repercussão internacional, que tem ocupado legisladores de todo o mundo, sendo possível identificar, no direito comparado, a tendência de isentar os provedores de serviço da responsabilidade pelo monitoramento do conteúdo das informações veiculadas em seus *sites*.

¹³ SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. A responsabilidade civil dos provedores pelos atos de seus usuários na Internet. In: *Manual de direito eletrônico e Internet*. São Paulo: Aduaneiras, 2006. p. 651.

¹⁴ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. VII, p. 385.

¹⁵ MONTENEGRO, Antonio Lindberg. *A Internet em suas relações contratuais e extracontratuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 174.

Os Estados Unidos, por exemplo, alteraram seu *Telecommunications Act*, por intermédio do *Communications Decency Act*, com uma disposição que desobriga provedores de serviços na Internet pela inclusão, em seu *site*, de informações encaminhadas por terceiros.¹⁶

De forma semelhante, a Comunidade Europeia editou diretiva intitulada “ausência de obrigação geral de vigilância”, que exime os provedores da responsabilidade de monitorar e controlar o conteúdo das informações de terceiros que venham a transmitir ou armazenar.¹⁷

Contudo, essas normas não livram indiscriminadamente os provedores de responsabilidade pelo tráfego de informações em seus *sites*. Há, em contrapartida, o dever de, uma vez ciente da existência de mensagem de conteúdo ofensivo, retirá-la imediatamente do ar, sob pena, aí sim, de responsabilização.

Existe no Brasil iniciativa semelhante, corporificada no Projeto de Lei nº 4.906/01 do Senado Federal, que, além de reconhecer expressamente a incidência do CDC ao comércio eletrônico,¹⁸ isenta de responsabilidade os “provedores de transmissão de informações” da responsabilidade pelo conteúdo das informações transmitidas¹⁹ e desobriga-os de fiscalizar mensagens de terceiros,²⁰ mas fixa a responsabilidade civil e criminal do provedor de serviço que, tendo conhecimento inequívoco da prática de crime

¹⁶ Seção 230, “c”, 2, do *Communications Decency Act*, parte integrante do Título 47 do *United States Code*, que define o papel e a estrutura da Comissão Federal de Comunicações (agência independente do Governo norte americano) e da Administração Nacional de Telecomunicações e Informações (parte do Departamento de Comércio dos Estados Unidos da América): “Protection for private blocking and screening of offensive material [...] Civil liability. No provider or user of an interactive computer service shall be held liable on account of: (A) any action voluntarily taken in good faith to restrict access to or availability of material that the provider or user considers to be obscene, lewd, lascivious, filthy, excessively violent, harassing, or otherwise objectionable, whether or not such material is constitutionally protected; or; (B) any action taken to enable or make available to information content providers or others the technical means to restrict access to material described in paragraph (1).”

¹⁷ Art. 15 da Diretiva 2000/31, editada pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho da Comunidade Europeia: “Ausência de Obrigação Geral de Vigilância. 1. Os Estados-Membros não imporão aos prestadores, para o fornecimento dos serviços mencionados nos artigos 12.o, 13.o e 14.o, uma obrigação geral de vigilância sobre as informações que estes transmitam ou armazenem, ou uma obrigação geral de procurar activamente factos ou circunstâncias que indiquem ilicitudes. 2. Os Estados-Membros podem estabelecer a obrigação, relativamente aos prestadores de serviços da sociedade da informação, de que informem prontamente as autoridades públicas competentes sobre as actividades empreendidas ou informações ilícitas prestadas pelos autores aos destinatários dos serviços por eles prestados, bem como a obrigação de comunicar às autoridades competentes, a pedido destas, informações que permitam a identificação dos destinatários dos serviços com quem possuam acordos de armazenagem.”

¹⁸ Art. 30 do PLS 4.906/01: “aplicam-se ao comércio eletrônico as normas de defesa e proteção do consumidor vigentes no País, naquilo que não conflitar com esta Lei”.

¹⁹ Art. 35 do PLS 4.906/01: “o provedor que forneça serviços de conexão ou de transmissão de informações, ao ofertante ou ao adquirente, não será responsável pelo conteúdo das informações transmitidas”.

²⁰ Art. 37 do PLS 4.906/01: “o provedor que forneça serviços de conexão ou de transmissão de informações, ao ofertante ou ao adquirente, não será obrigado a vigiar ou fiscalizar o conteúdo das informações transmitidas”.

em arquivo eletrônico por ele armazenado, deixa de promover a imediata suspensão ou interrupção de seu acesso.²¹

Realmente, esse parece ser o caminho mais coerente. Se, por um lado, há notória impossibilidade prática de controle, pelo provedor de conteúdo, de toda a informação que transita em seu *site*; por outro lado, deve ele, ciente da existência de publicação de texto ilícito, removê-lo sem delongas.

Patrícia Peck comunga dessa ideia, definindo como “hercúlea e humanamente impossível” a tarefa do provedor de “monitorar todos os vídeos postados em seu sítio eletrônico, de maneira prévia”, mas entende que “ao ser comunicada, seja por uma autoridade, seja por um usuário, de que determinado vídeo/texto possui conteúdo eventualmente ofensivo e/ou ilícito, deve tal empresa agir de forma enérgica, retirando-o imediatamente do ar, sob pena de, daí sim, responder de forma solidária juntamente com o seu autor ante a omissão praticada (art. 186 do CC)”.²²

Entendimentos análogos podem ser encontrados na doutrina estrangeira.

Horacio Delpech, Presidente da Associação de Direito da Informática da Argentina, por exemplo, entende que a responsabilização dos provedores de conteúdo por informação ofensiva veiculada em seus domínios deve ser subjetiva, decorrente de manifesta negligência ou se, comunicado da existência de mensagem ilícita, não adotar as medidas necessárias visando a sua exclusão. Fora desses casos, ele entende não haver responsabilidade dos provedores, já que, por razões tecnológicas, geralmente estão impedidos de exercer um controle permanente do conteúdo inserido por terceiros, bem como porque o exercício desse controle implicaria “privatización de la censura”, transferido para esses provedores o discernimento sobre a ilicitude ou nocividade daquilo que é postado em suas páginas.²³

Pedro Asensio, professor titular da Universidade de Madrid, por sua vez, afirma que a existência de um regime específico de limitação de responsabilidade dos provedores

²¹ Art. 38 do PLS 4.906/01: “responde civilmente por perdas e danos, e penalmente por co-autoria do delito praticado, o provedor de serviço de armazenamento de arquivos que, tendo conhecimento inequívoco de que a oferta de bens, serviços ou informações constitui crime ou contravenção penal, deixar de promover sua imediata suspensão ou interrupção de acesso por destinatários, competindo-lhe notificar, eletronicamente ou não, o ofertante, da medida adotada”.

²² PECK, Patricia. *Direito digital*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 401.

²³ DELPECH, Horacio Fernández. *Internet: su problemática jurídica*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004. p. 224: “pero con relación a los contenidos que le son ajenos, y que son fundamentalmente los que transmite o aloja, creemos que cualquiera sea la postura adoptada, este tipo de provedores sólo podría tener una responsabilidad subjetiva que surgiría de su negligencia manifiesta. También sería responsable cuando se le comunicó la existencia de un contenido ilícito y no tomó las medidas necesarias para evitar que el ilícito se continúe cometiendo [...]. Fuera de estos casos creemos que no existe responsabilidad de los ISP ya que razones tecnológicas generalmente les impiden ejercer un control permanente de los contenidos de terceros que transmiten o alojan, como también porque aceptar su responsabilidad y consecuentemente para evitar-la obligarlos a eliminar o bloquear contenidos que cree ilícitos, implicaría ni más ni menos que legalizar la privatización de la censura, toda vez que los ISP, fuera los casos de contenidos manifestamente ilícitos, serían quienes discirnen si un contenido es lícito o ilícito, si es nocivo o no.”

de conteúdo se justifica pelo próprio papel por eles desempenhado, decisivo para que a Internet se constitua num meio de comunicação, bem como que a imposição de um dever de fiscalização das informações hospedadas no *site* pode se mostrar técnica e juridicamente inviável, ante a possível violação ao sigilo das comunicações e à liberdade de expressão.²⁴

Conclui-se, portanto, que não se pode considerar de risco a atividade desenvolvida pelos provedores de conteúdo, tampouco se pode ter por defeituosa a ausência de fiscalização prévia das informações inseridas por terceiros no *site*, inexistindo justificativa para a sua responsabilização objetiva pela veiculação de mensagens de teor ofensivo.

Por outro lado, ainda que, como visto, se possa exigir dos provedores um controle posterior, vinculado à sua efetiva ciência quanto à existência de mensagens de conteúdo ilícito, a medida se mostra insuficiente à garantia dos consumidores usuários da rede mundial de computadores, que continuam sem ter contra quem agir: não podem responsabilizar o provedor e não sabem quem foi o autor direto da ofensa.

Cabe, nesse ponto, frisar que a liberdade de manifestação do pensamento, assegurada pelo art. 5º, IV, da CF/88, não é irrestrita, sendo vedado o anonimato. Em outras palavras, qualquer um pode se expressar livremente, desde que se identifique.

Como bem lembra Celso Bastos ao comentar o mencionado dispositivo constitucional, “a identificação do responsável pelos juízos e valores emitidos é condição indispensável para que se desenvolvam os atos posteriores tendentes à sua responsabilização”.²⁵

Dessa forma, ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários externem livremente sua opinião, deve o provedor ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria certa e determinada.

A esse respeito, Marcel Leonardi observa que o provedor deve exigir do usuário, conforme a natureza do serviço prestado, “os números de IP atribuídos e utilizados pelo usuário, os números de telefone utilizados para estabelecer conexão, o endereço físico de instalação dos equipamentos utilizados para conexões de alta velocidade e demais informações que se fizerem necessárias para prevenir o anonimato do usuário”.²⁶

²⁴ ASENSIO, Pedro Alberto de Miguel. *Derecho privado de Internet*. 3. ed. Madri: Civitas, 2002. p. 589: “la previsión de un régimen específico de limitación de responsabilidad de los prestadores intermediarios se justifica porque si bien su intervención en esos caso resulta decisiva para que Internet se constituya en un medio de comunicación, se trata de supuestos en los que los prestadores normalmente no llevan a cabo ningún tipo de control sobre el contenido de la información, típicamente perteniente a terceros – sus usuarios o, en la terminología de la Directiva, los destinatarios de los servicios. Incluso el ejercicio de ese control en ocasiones podría resultar inviable técnica o jurídicamente (en la medida en que puede constituir una violación del secreto de las comunicaciones o de la libertad de expresión).”

²⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à constituição do Brasil*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2001. v. II, p. 48.

²⁶ LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de Internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 82.

Portanto, sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do *site*, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa *in omittendo*.

Com efeito, o provedor que, movido pela ânsia de facilitar o cadastro e aumentar exponencialmente o número de usuários, ou por qualquer outro motivo, opta por não exercer um mínimo de controle daqueles que se filiam ao seu *site*, assume o risco dessa desídia, respondendo subsidiariamente pelos danos causados a terceiros.

Antonio Jeová Santos esclarece que a não identificação, pelo provedor, das pessoas que hospeda em seu *site*, “não o exime da responsabilidade direta, se o anônimo perpetrar algum ataque causador de dano moral. Não exigindo identificação dos seus usuários, assume o ônus e a culpa pelo atuar indiscreto, criminoso ou ofensivo à honra e intimidade acaso cometido”.²⁷

Note-se, por oportuno, que não se está, aqui, a propor uma burocratização desmedida da Internet. O crescimento e popularidade da rede devem-se, em grande medida, justamente à sua informalidade e à possibilidade dos usuários a acessarem sem identificação. Essa liberdade tornou-se um grande atrativo, especialmente nos *sites* de relacionamento, em que pessoas desenvolvem “personalidades virtuais”, absolutamente distintas de suas próprias, assumindo uma nova identidade, por meio da qual se apresentam e convivem com terceiros. Criou-se um “mundo paralelo”, em que tudo é intangível e no qual há enorme dificuldade em se distinguir a realidade da fantasia.

Outrossim, não se pode ignorar a importância e os reflexos econômicos da Internet. O dinamismo e o alcance da rede a transformou num ambiente extremamente propício ao comércio. Porém, ainda que concretizados de forma virtual, esses negócios exigem segurança jurídica. E, nesse universo, a identificação das pessoas se torna fundamental.

Dessarte, quanto mais a *web* se difunde, maior o desafio de se encontrar um limite para o anonimato dos seus usuários, um equilíbrio entre o virtual e o material, de modo a proporcionar segurança para as inúmeras relações que se estabelecem via Internet, mas sem tolher a informalidade que lhe é peculiar.

Nesse aspecto, por mais que se deseja garantir a liberdade daqueles que navegam na Internet, reconhecendo-se essa condição como indispensável à própria existência e desenvolvimento da rede, não podemos transformá-la numa “terra de ninguém”, onde, sob o pretexto de não aniquilar as suas virtudes, se acabe por tolerar sua utilização para a prática dos mais variados abusos.

A Internet é sem dúvida uma ferramenta consolidada em âmbito mundial, que se incorporou no cotidiano de todos nós, mas cuja continuidade depende da criação de mecanismos capazes de reprimir sua utilização para fins perniciosos, sob pena dos malefícios da rede suplantarem suas vantagens, colocando em xeque o seu futuro.

²⁷ SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral na Internet*. São Paulo: Método, 2001. p. 143.

Diante disso, ainda que muitos busquem na *web* o anonimato, este não pode ser pleno e irrestrito. A existência de meios que possibilitem a identificação de cada usuário se coloca como um ônus social, a ser suportado por todos nós objetivando preservar a integridade e o destino da própria rede.

Isso não significa colocar em risco a privacidade dos usuários. Os dados pessoais fornecidos ao provedor devem ser mantidos em absoluto sigilo – como já ocorre nas hipóteses em que se estabelece uma relação sinalagmática via Internet, na qual se fornece nome completo, números de documentos pessoais, endereço, número de cartão de crédito, entre outros – sendo divulgados apenas quando se constatar a prática de algum ilícito e, ainda assim, mediante ordem judicial.

Também não significa que se deva exigir um processo de cadastramento imune a falhas. A mente criminosa é sagaz e invariavelmente encontra meios de burlar até mesmo os mais modernos sistemas de segurança. O que se espera dos provedores é a implementação de cuidados mínimos, consentâneos com seu porte financeiro e seu *know-how* tecnológico – a ser avaliado casuisticamente, em cada processo – de sorte a proporcionar aos seus usuários um ambiente de navegação saudável e razoavelmente seguro.

Em suma, pois, tem-se que os provedores de conteúdo: (i) não respondem objetivamente pela inserção no *site*, por terceiros, de informações ilegais; (ii) não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo das informações postadas no *site* por seus usuários; (iii) devem, assim que tiverem conhecimento inequívoco da existência de dados ilegais no *site*, removê-los imediatamente, sob pena de responderem pelos danos respectivos; (iv) devem manter um sistema minimamente eficaz de identificação de seus usuários, cuja efetividade será avaliada caso a caso.

Ainda que não ideais, certamente incapazes de conter por completo a utilização da rede para fins nocivos, a solução ora proposta se afigura como a que melhor equaciona os direitos e deveres dos diversos *players* do mundo virtual.

Na análise de Newton De Lucca, “a implementação de medidas drásticas de controle de conteúdos na Internet deve ser reservada para casos extremos, quando estiver presente manifesto interesse público e desde que ponderado o potencial prejuízo causado a terceiros, não havendo de ser adotada nas demais hipóteses, principalmente quando se tratar de interesse individual, salvo em situações absolutamente excepcionais, que representarão exceções raríssimas”.²⁸

As adversidades indissociáveis da tutela das inovações criadas pela era digital dão origem a situações cuja solução pode causar certa perplexidade. Há de se ter em mente, no entanto, que a Internet é reflexo da sociedade e de seus constantes avanços. Se, ainda hoje, não conseguimos tutelar com total equidade direitos seculares e consagrados, seria tolice contar com resultados mais eficientes nos conflitos relativos à rede mundial de computadores.

²⁸ LUCCA, Newton De. Op. cit., p. 400.

4 O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, responsável por uniformizar a interpretação da legislação federal, consolidando a jurisprudência nacional, a 2ª, 3ª e 4ª Turmas já tiveram a oportunidade de se debruçar sobre o tema, havendo, por enquanto, divergência de posicionamento entre elas.

A matéria foi originariamente tratada pela 2ª Turma, no julgamento de recurso especial²⁹ derivado de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público de Rondônia em defesa de menores que estariam sendo ofendidos por mensagens postadas em páginas de famoso *site* de relacionamento via Internet. Entre os pedidos formulados, estava a imposição ao provedor da obrigação de impedir a criação de novas páginas e/ou comunidades com teor ofensivo semelhante ao noticiado.

De acordo com o voto condutor, acompanhado à unanimidade pelos demais ministros, “quem viabiliza tecnicamente, quem se beneficia economicamente e, ativamente, estimula a criação de comunidades e páginas de relacionamento na Internet é tão responsável pelo controle de eventuais abusos e pela garantia dos *direitos da personalidade* de internautas e terceiros como os próprios internautas que geram e disseminam informações ofensivas aos valores mais mezinhos da vida em comunidade, seja ela real, seja virtual”.

Com base nessas considerações, a 2ª Turma entendeu ser insuficiente a conduta do provedor, de apenas excluir as páginas apontadas como ofensivas e identificar seus criadores, consignando que “reprimir certas páginas ofensivas já criadas, mas nada fazer para impedir o surgimento de outras tantas, com conteúdo igual ou assemelhado, é, em tese, estimular um jogo de Tom e Jerry, que em nada remedia, mas só prolonga, a situação de exposição, de angústia e de impotência das vítimas das ofensas”.

Em resumo, portanto, o entendimento da 2ª Turma do STJ foi de que não basta ao provedor, após notificação, suprimir dados insultuosos, cabendo a ele ir além e agir de forma preventiva, exercendo um juízo prévio acerca do conteúdo de todas as páginas criadas por seus usuários, evitando a postagem de material considerado impróprio.

A 3ª Turma, por sua vez, analisou dois recursos especiais³⁰ derivados de ações de indenização por dano moral ajuizadas contra o provedor por pessoas que se sentiram ofendidas por material postado por outros usuários do *site* de relacionamentos. Em ambos os processos, as instâncias ordinárias deferiram a tutela antecipada pleiteada, para determinar a supressão das respectivas páginas do *site*.

Nesses casos, a 3ª Turma, por unanimidade, entendeu que a fiscalização prévia, pelo provedor, do teor das informações postadas na *web* por cada usuário não é dever intrínseco ao serviço prestado, bem como que eventual dano moral emergente de mensagens

²⁹ REsp 1.117.633/RO, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 26/3/2010.

³⁰ REsp 1.193.764/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe de 8/8/2011; e REsp 1.186.616/MG, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe de 31/8/2011.

com conteúdo ofensivo não constitui risco inerente à atividade, não incidindo, pois, a responsabilidade objetiva dos arts. 14 do CDC e 927, parágrafo único, do CC/02.

Ressalvou, porém, que ao tomar ciência de que determinado texto ou imagem inserido no *site* possui conteúdo ilícito, cabe ao provedor agir prontamente, retirando o material do ar, acrescentando, ainda, ser sua obrigação adotar as medidas que, caso a caso, estejam ao seu dispor para a individualização dos usuários, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano.

Nesse aspecto, porém, a 3ª Turma considerou desnecessário exigir os dados pessoais de cada usuário, afirmando que “o provedor de conteúdo que registra o número de protocolo (IP) na Internet dos computadores utilizados para o cadastramento de cada conta mantém um meio razoavelmente eficiente de rastreamento dos seus usuários, medida de segurança que corresponde à diligência média esperada dessa modalidade de provedor de serviço de Internet”.

Embora não tenha apreciado a responsabilidade civil do provedor pelas ofensas veiculadas na Internet, a 4ª Turma, julgando processo análogo,³¹ complementou o raciocínio desenvolvido pela 3ª Turma, assentando que as informações difamantes a terceiros devem ser excluídas do *site* “independentemente da indicação precisa, pelo ofendido, das páginas em que foram veiculadas as ofensas (URLs)”.

A URL, sigla que corresponde à expressão *Universal Resource Locator*, que em português significa localizador universal de recursos, consiste num endereço virtual, isto é, diretrizes que indicam o caminho até determinado *site* ou página.

No que concerne ao momento em que esse controle deve ser exercido, a 4ª Turma se alinhou ao entendimento da 2ª Turma, afirmando que a fiscalização há de ser prévia, sustentando que, “no caso de uma empresa de Internet de grande porte, deve-se presumir seja sabedora da existência da mensagem eventualmente ofensiva tão logo tenha sido postada em seu ambiente virtual, independentemente de indicação por parte do ofendido”.

Diante disso, conclui que as mensagens consideradas ofensivas à honra de terceiros deveriam ser “capturadas inclusive por mecanismos de programação”, ressaltando que aquelas que dependessem de um juízo de valor, “poderiam ser examinadas por um corpo técnico especializado, quicá jurídico ou orientado por especialistas do direito”.

Como se vê, o entendimento em torno da matéria, mesmo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, ainda suscita dúvidas, estando longe de ser pacificado. A maior dificuldade parece estar em se definir um limite ideal de controle do conteúdo dos *sites* de relacionamento *online*; um fiel para a balança que, ao mesmo tempo, permita a liberdade de manifestação do pensamento, sem, no entanto, ameaçar a dignidade do ser humano e o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família; tudo isso sem tolher a rapidez e a versatilidade da Internet – uma das suas maiores virtudes.

³¹ REsp 1.175.675/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 20/9/2011.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Roger Silva. *Responsabilidade civil objetiva: do risco à solidariedade*. São Paulo: Atlas, 2007.
- ASENSIO, Pedro Alberto de Miguel. *Derecho privado de Internet*. 3. ed. Madri: Civitas, 2002.
- BARBAGALO, Erica Brandini. Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços da Internet. In: LEMOS, Ronaldo; WAISBERG, Ivo. *Conflitos sobre nomes de domínio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DELPECH, Horacio Fernández. *Internet: su problemática jurídica*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.
- GOIS JR., José Caldas. *O direito na era das redes: a liberdade e o delito no ciberespaço*. Bauru: Edipro, 2002.
- LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de Internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.
- LUCCA, Newton De. *Direito e Internet: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. v. II.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1ª ao 74*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MONTENEGRO, Antonio Lindberg. *A Internet em suas relações contratuais e extracontratuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. VII.
- PECK, Patricia. *Direito digital*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral na Internet*. São Paulo: Método, 2001.
- SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. A responsabilidade civil dos provedores pelos atos de seus usuários na Internet. In: *Manual de direito eletrônico e Internet*. São Paulo: Aduaneiras, 2006.
- STOCCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- VASCONCELOS, Fernando Antônio de. *Internet: responsabilidade do provedor pelos danos praticados*. Curitiba: Juruá, 2004.